Mängel der Klageerhebung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Otfrid Brauns

Referendar

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1934

Referent: Professor Walsmann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur.

Baumbach, Zivilprozeßordnung, 7. Aufl. 1933.

Blanckmeister, Muß, wenn nach stattgehabter beiderseitiger Verhandlung die Erlassung eines Versäumnisurteils beantragt wird, die Zustellung der Klage geprüft werden? Recht 03, S. 543.

Doege, Etwas über den Unfug mit einer prozessualen Rüge. JW. 1922, S. 478.

Fischer, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, 1918.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. 1913/26.

Freudenthal-Sauerländer, Zivilprozeßordnung, 4. Aufl. 1926.

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1932.

Hein, Identität der Partei, 1918/25.

Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprezeßrechts, 1886.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1903/7/9.

Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1912/19.

Kisch, Deutsches Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. 1929.

Kleinfeller, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1925.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.

Neukamp, Handkommentar zur ZPO., 2. Aufl. 1911.

Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908.

Nußbaum, Die Form der Entscheidung bei ungültiger Klage, JW. 1914, S. 449.

Oertmann, Ladungs- und Zustellungsmängel, ZZP. 48, S. 437.

Oertmann, Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts, 4. und 5. Aufl. 1930.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., bearbeitet von Remelé und Anger, 1904/6.

Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1887/96.

Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl. 1929.

Sauer, Die Prozeßvoraussetzungen, Leipziger Zeitschrift 13, S. 671.

Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. 1932/3.

Siegert, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929.
Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung, 1911/2.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1928/9.
Stein-Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. 1928.
Struckmann und Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. Aufl. 1910.
Süß, Ist die Klageerhebung eine Prozeßvoraussetzung? ZZP. 54, S. 12.
Süß, Anmerkung zu einem Urteil des OLG. Stettin, ZZP. 54, S. 276.
Süß, Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß. Festgabe für Paul Heilborn 1931, S. 125; besprochen von Kleinfeller: Judizium, 3. Jahrgang, S. 343, ArchZivPr. Bd. 135, S. 374.
Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl. 1930.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1896.
Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1885.
Walsmann, Irrtum im Prozeßrecht, ArchZivPr. Bd. 102, S. 1.
Walsmann, Besprechung von Hein, Identität der Partei, ZZP. 54, S. 203.
Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.
Werner, Willensmängel bei Prozeßhandlungen, Münchener Diss. 1915.
Wilmowski-Levy, ZPO. und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 3. Aufl. 1884.
Wurzer, Die Prozeßvoraussetzungen, Gruch. Bd. 64, S. 41.

Inhalt.

Seite

I. Teil.

Einleitung.

§ 1. Der Mangel der Klageerhebung im allgemeinen 7

II. Teil.

Die Wirkungen eines Mangels der Klageerhebung.

1. Abschnitt.

Klagemangel und Prozeßgründung.

§ 2. Im allgemeinen 9
§ 3. Klagemangel und Terminsbestimmung 10
§ 4. Klagemangel und Prozeßgründung 13

2. Abschnitt.

§ 5. Klagemangel und Rechtshängigkeit 24

III. Teil.

Die Beseitigung von Mängeln der Klageerhebung.

1. Abschnitt.

Die Beseitigung des Mangels durch Heilung.

§ 6. Der Rügeverlust nach § 295 im allgemeinen 24
§ 7. Der Rügeverlust insbesondere bei Ladungs- und Zustellungsmängeln 28
§ 8. Rügeverlust und Versäumnisverfahren 34
§ 9. Heilung durch Zweckerreichung 35

2. Abschnitt.

§ 10. Die Beseitigung des Mangels durch Neuvornahme 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0122

I. Teil.

Einleitung.

§ 1.

Die Klage ist die Einleitungsform des Urteilsverfahrens. Sie wird im Verfahren vor den Landgerichten durch Zustellung eines Schriftsatzes erhoben (§ 253 I ZPO.), dessen Inhalt durch die §§ 253 II—IV, 130 und 215 ZPO. geregelt ist. Bei den Amtsgerichten gelten mit geringen Abweichungen die gleichen Vorschriften (§§ 495 ff. ZPO.), doch hat hier der Klage regelmäßig ein Güteverfahren voranzugehen und gilt dann bei Eintritt in das Streitverfahren der Güteantrag mit den in der Güteverhandlung vorgenommenen Ergänzungen und Änderungen als Klageschrift.

Als Mängel der Klageerhebung pflegt man nur die Mängel zu bezeichnen, die durch die Verletzung einer der für die Form der Klageerhebung aufgestellten Bestimmungen hervorgerufen werden. An sich muß eine Klage darüber hinaus aber auch dann als mangelhaft bezeichnet werden, wenn die allgemeinen Handlungsvoraussetzungen, wie z. B. die Partei- und Prozeßfähigkeit fehlen. Jedoch stehen diese Mängel außer Zusammenhang mit den übrigen Mängeln und werden daher zweckmäßigerweise nicht mit einbegriffen [1]).

Es ist nicht beabsichtigt, einen besonderen Abschnitt der Frage zu widmen, wann im einzelnen ein Klagemangel vorliegt. Dies würde, da ein Klagemangel bei *jeder* Verletzung der für die Form der Klageerhebung erlassenen Vorschriften vorliegt, auf eine Untersuchung der Klageerhebung selbst und ihrer Erfordernisse hinauslaufen. Dies aber ist nicht gefordert. Es genügt daher die allgemeine Feststellung, daß durch jede Verletzung der für die Form der Klageerhebung aufgestellten Vorschriften ein Klagemangel hervorgerufen wird, und es kann sogleich mit den

1) Rosenberg § 91, III 1.

Wirkungen der Klagemängel und mit der Frage ihrer Beseitigung begonnen werden.

Nicht alle Mängel sind bei dieser Untersuchung von Wichtigkeit. Vielmehr können diejenigen Mängel, die nur auf der Verletzung einer Sollvorschrift beruhen, von vornherein ausscheiden. Zwar muß der Richter auch auf die Einhaltung dieser Vorschriften bedacht sein, aber weitere Wirkungen hat ein Mangel, der auf der Verletzung einer Sollvorschrift beruht, nicht. Solche Sollvorschriften sind, was den Inhalt der Klageschrift anbetrifft, die Bestimmungen des § 253 III und des § 130, letztere jedoch nur insoweit, als sich nicht aus dem § 253 II und aus der Tatsache, daß die Klage als ein bestimmender Schriftsatz als wesentlichen Bestandteil die Unterschrift des Klägers oder seines Vertreters erfordert, ein anderes ergibt[2]). Bei den Zustellungsvorschriften besteht teilweise Streit, inwieweit sie Sollvorschriften sind[3]).

Rein äußerlich kann man die Mängel danach einteilen, welchen der drei Teile der Klageerhebung sie betreffen. Es gibt danach Mängel der eingereichten Klageschrift, der Terminsbestimmung oder der Zustellung. Wichtiger ist aber, wie sich später zeigen wird, noch eine andere Einteilung. Und zwar ist hier der Mangel entweder derart, daß eines der drei Tatbestandstücke der Klageerhebung ganz fehlt. Dies ist dann der Fall, wenn der Kläger gar keine Klageschrift bei Gericht eingereicht oder der Richter keinen Termin bestimmt hat oder die Klage nicht zugestellt worden ist. Hier liegt nicht einmal der äußere Tatbestand der Klageerhebung, der sich aus den drei Teilen zusammensetzt, vor. Der Mangel kann aber auch darin bestehen, daß der Gesamttatbestand der Klageerhebung zwar vorliegt, indem auf die Einreichung der Klage hin Termin bestimmt und die Klage zugestellt wurde, daß die Klage jedoch in ihren einzelnen Teilen nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. So fehlt z. B. in der Klageschrift der bestimmte Antrag oder ist bei der Zustellung eine unbeglaubigte Abschrift übergeben worden. Der Mangel der ersten Art, bei dem der äußere Tatbestand nicht vorliegt, führt dazu, daß eine Klage nicht vorliegt. Im zweiten Fall liegt eine Klage vor, die jedoch als fehlerhaft zu bezeichnen ist. Ein Klagemangel kann also Fehlen oder Fehlerhaftigkeit der Klageerhebung bewirken[4]).

---

2) Stein-Jonas § 253 III 6, 129 I 1.

3) Vgl. unten S. 28 f.

4) Vgl. Süß, Festgabe S. 125 ff. und unten S. 16/17.

II. Teil.

Die Wirkung eines Mangels der Klageerhebung.

1. Abschnitt.

Klagemangel und Prozeßgründung.

§ 2.

Die Wirkungen eines Mangels der Klageerhebung zeigen sich darin, daß Wirkungen, die mit der ordnungsmäßigen Klage verknüpft sind, bei einer mangelhaften Klage infolge des Mangels nicht eintreten. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit der Klagemangel den Nichteintritt der Wirkungen einer ordnungsmäßigen Klage zur Folge hat. Die für das Verfahrensrecht im Vordergrund stehende Wirkung der Klageerhebung ist die Begründung des Urteilsverfahrens oder m. a. W. des Prozeßrechtsverhältnisses. Die Frage ist also zunächst, ob auch bei mangelhafter Klage das Urteilsverfahren begründet wird und damit die hierfür erlassenen Vorschriften Anwendung finden, insbesondere auch, ob das Gericht, wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, diese durch Urteil zu erlassen hat (§ 300). Jedoch handelt es sich nicht nur darum, welches die Rechtslage bei einer fertigen mangelhaften Klageerhebung ist, vielmehr ist, da das Gericht durch die Terminsbestimmung auch bei der Erhebung der Klage mitwirkt, außerdem zu prüfen, wie die Rechtslage bei Einreichung eines mangelhaften Schriftsatzes ist und ob der Mangel zur Nichtvornahme der Terminsbestimmung führt.

Eine ausdrückliche Antwort hat das Gesetz weder für die eine noch für die andere Frage gegeben, und es besteht noch jetzt keine Einigkeit darüber. Einig ist man nur insoweit, daß das Gericht nicht schweigen darf, sondern auch auf eine mangelhafte Klage zu antworten hat[5]). Die Nichtbeachtung einer mangelhaften Klage würde nach unserem Rechtsempfinden als Justizverweigerung empfunden werden[6]).

Betrachtet man die danach noch in Frage kommenden Möglichkeiten, so ist die eine die, daß der Vorsitzende bei mangelhaftem Klageschriftsatz keinen Termin bestimmt, sondern das in der Einreichung der Klageschrift liegende Gesuch um Terminsbestimmung durch Beschluß zurückweist. Hiernach würde das Gericht bei

---

5) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 372/4.
6) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 371.

mangelhafter Klageschrift gar nicht mit der Klage befaßt und das Urteilsverfahren nicht begründet werden.

Nimmt man dagegen an, daß der Vorsitzende trotz des Mangels den Termin zu bestimmen hat, so wird die Klage der Entscheidung des Gerichts unterbreitet. Stets ist dies der Fall bei Mängeln der Zustellung, da diese erst nach der Terminsbestimmung entstehen und sie daher nicht verhindern können. Die hier in Betracht kommenden Möglichkeiten sind die, daß entweder die Mangelhaftigkeit der Klage die Entstehung des Urteilsverfahrens hindert und das Gericht daher formlos durch Beschluß die Mangelhaftigkeit festzustellen hat (Beschlußverfahren), oder aber, daß die Mangelhaftigkeit gar keine Wirkungen hat und ebenso wie die ordnungsmäßige, so auch die mangelhafte Klage das Urteilsverfahren begründet. Endlich ist möglich, daß je nach der Art des Mangels bald das Urteilsverfahren begründet wird, bald dagegen nicht.

§ 3.

1. Die Ansicht, daß jeder Mangel der Klageschrift dazu führe, daß der Vorsitzende eine Terminsbestimmung nicht vornehmen dürfe, ist zunächst von Wach[7]) und Eccius[8]) vertreten worden. Zur Begründung hat Eccius ausgeführt, daß jede Ladung zu einer mündlichen Verhandlung die rechtliche Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung voraussetze, daß aber diese nur in einem anhängigen Rechtsstreit möglich und ein Rechtsstreit ohne eine den Erfordernissen des § 253 entsprechende Klage undenkbar sei.

Diese Ansicht ist fast allgemein abgelehnt worden[9]). Man hat z. B. gegen sie geltend gemacht, daß der Staat von dem durch die Klage erhobenen, an ihn gerichteten Rechtsschutzbegehren nicht schon zur Zeit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht zum Zwecke der Terminsbestimmung, sondern erst dann Kenntnis erhalte, wenn in der mündlichen Verhandlung der Kläger den Klageantrag stelle, und daraus gefolgert, daß, wenn nur die Ladungsformalien in Ordnung seien und eine Klage im allgemeinen vorliege, der Vorsitzende stets den Termin zu bestimmen habe, auch wenn es im übrigen unmöglich sei, aus dem Inhalt der Klageschrift einen vernünftigen Sinn zu entnehmen[10]). Aber

7) Vorträge S. 29.

8) Gruch. Bd. 29 S. 9 f.; ebenso Nußbaum JW. 1914 S. 449.

9) Seuffert-Walsmann § 216, 2c; Stein-Jonas § 216 II.

10) Walsmann, ArchZivPr. Bd. 102 S. 94 ff.

diese Begründung überzeugt nicht, da es keineswegs sicher ist, daß das Gericht von dem Rechtsschutzbegehren erst durch den Antrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt. Denn die Prüfung der Frage, ob eine Klage im allgemeinen vorliegt, ist ohne Kenntnisnahme des Rechtsschutzbegehrens nicht möglich. Auch kann dem nicht zugestimmt werden, daß die von Wach und Eccius vertretene Ansicht auf eine schiefe Ebene führe, auf der es kein Halten mehr gebe, ehe man bei der Zurückweisung der Klage durch den Vorsitzenden a limine wegen irgend eines prozessualen Mangels angelangt sei[11]). Denn die Begründung, die Eccius gibt, nötigt nicht dazu, daß auch wegen anderer prozessualer Mängel die Terminsbestimmung verweigert werden müsse.

Gleichwohl ist der herrschenden Meinung beizutreten. Denn weder ist die von Eccius gegebene Begründung stichhaltig, da es nicht feststeht, daß eine mündliche Verhandlung eine den Erfordernissen des § 253 entsprechende Klage voraussetzt, noch ist es richtig, wie Siegert[12]) behauptet, daß kein gesetzlicher Hinderungsgrund besteht, einen Antrag auf Terminsbestimmung wegen Verfahrensmängel abzulehnen.

2. Dieses ergibt sich aus den für das Berufungsverfahren, das Revisionsverfahren, das Wiederaufnahmeverfahren und das Einspruchsverfahren erlassenen Bestimmungen. Es handelt sich um die §§ 519b, 554a, 589, 341. Hier heißt es, daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen habe, ob der Rechtsbehelf an sich statthaft und die Einlegung in der gesetzlichen Form und Frist erfolgt sei. Aus diesen Bestimmungen ein argumentum e contrario herzuleiten derart, daß im Gegensatz hierzu bei der Klage der Vorsitzende über die Wahrung der Form zu entscheiden habe, wäre verfehlt. Denn der Zweck dieser Vorschriften ist, zu bestimmen, daß die genannten Tatsachen von Amts wegen geprüft werden müssen, nicht aber, daß das Gericht zu prüfen habe. Die Prüfung seitens des Gerichtes hat das Gesetz vielmehr als feststehend vorausgesetzt, und es hat ihm daher ferngelegen, dies im Gegensatz zur Klage hier anordnen zu wollen. Infolgedessen ist im Gegenteil ein Analogieschluß angebracht, daß, wenn hier die Prüfung durch das Gericht als selbstverständlich angesehen wird, dies auch bei der Klage der Fall sein müsse. Gründe, die eine verschiedene Behandlung der Klage einerseits, der Berufung,

11) Seuffert-Walsmann § 216, 2.
12) S. 78 f.

Revision, Wiederaufnahmeklage und des Einspruchs andererseits rechtfertigten, liegen nicht vor.

3. Wenn sich somit ergeben hat, daß ein Mangel der Klageschrift die Terminsbestimmung seitens des Vorsitzenden nicht hindert, so ist damit jedoch nicht gesagt, daß bei jedem Mangel, wie geartet er auch immer sein mag, eine Terminsbestimmung vorgenommen werden muß, und daß es nicht auch Mängel gibt, bei denen trotzdem eine Terminsbestimmung nicht vorgenommen werden darf. Ein bestimmter Mindesttatbestand muß immer vorliegen, damit eine Terminsbestimmung erfolgen kann. Und zwar ist erforderlich, daß einmal überhaupt ein Antrag auf Terminsbestimmung gestellt ist und zum anderen, daß dieser Antrag ordnungsmäßig ist. Denn ohne Antrag ist naturgemäß für eine Terminsbestimmung gar kein Raum und die Notwendigkeit der Ordnungsmäßigkeit des Antrags ergibt sich aus der allgemeinen Regel, daß einem Antrag nur stattgegeben werden darf, wenn er ordnungsmäßig ist.

Die Ordnungsmäßigkeit des Antrags auf Terminsbestimmung erfordert nicht allein, daß an das Gericht das einfache Ersuchen gestellt wird, Termin zu bestimmen, sei es, daß dieses Gesuch ausdrücklich, oder, wie es die Regel ist, stillschweigend durch Einreichung eines eine Ladung enthaltenden Schriftsatzes bei Gericht gestellt wird. Vielmehr muß dem Gericht auch die Möglichkeit gegeben werden, eine Terminsbestimmung vornehmen zu können. Hierzu gehört nicht nur, daß der Antragsteller die Ladung bei Gericht einreicht, deren Bestandteil die Terminsbestimmung wird — dies wird ja immer der Fall sein, da, wie gesagt, hierdurch der Kläger den Antrag auf Terminsbestimmung stellt —, sondern weiter auch, daß die Ladung den unentbehrlichen inhaltlichen Erfordernissen einer Ladung entspricht[13]). Denn es wäre sinnwidrig, daß das Gericht seine Verhandlungsbereitschaft erklärt und der Ladung die Wirksamkeit gegen den Beklagten verleiht, wenn die Ladung infolge des Mangels gar keine Wirkung gegen den Beklagten besitzt.

Daß der Vorsitzende also nicht nur das Vorliegen einer Ladung, sondern auch deren Ordnungsmäßigkeit zu prüfen hat, scheint allerdings in einem Widerspruch zu dem obengewonnenen Ergebnis, daß der Vorsitzende die Ordnungsmäßigkeit der Klageschrift nicht zu prüfen hat, zu stehen. Denn gemäß § 253 ist die Ladung Bestandteil des Klageschriftsatzes und durch die Entschei-

13) Stein-Jonas § 216 II, 214 II. Walsmann, Arch. ZivPr. Bd. 102 S. 96.

dung über die Ladung würde daher auch über einen Teil der Klage entschieden werden. Aber der Widerspruch ist nur scheinbar, da Klage und Ladung ihrem Wesen nach verschieden sind und die Verbindung nur eine äußerliche, durch den Parteibetrieb hervorgerufene ist. Dies zeigt sich in dem Verfahren vor den Amtsgerichten, wo die Ladung nicht in die Klageschrift aufgenommen wird. In Wahrheit entscheidet also der Vorsitzende bei der Prüfung der Ladung nicht über die Klage und den geltend gemachten Anspruch, sondern nur, ob der Beklagte ordnungsmäßig aufgefordert wird, zur Verhandlung des Rechtsstreits zu erscheinen.

Zu den Erfordernissen der Ladung gehört die schriftliche Aufforderung, zu dem vom Vorsitzenden zu bestimmenden Termin vor dem bezeichneten Gericht zu erscheinen, die Angabe der ladenden und geladenen Partei, Angabe des Zweckes der Ladung und die Unterschrift des Klägers oder seines Vertreters. Der Zweck der Ladung muß ein zivilprozessualer sein und ist hier mündliche Verhandlung des Rechtsstreits. Er setzt also ein Urteilsbegehren voraus. Demnach muß der Richter zur Entscheidung der Frage, ob ein solcher und nicht etwa ein anderer, z. B. auf rein gesellschaftlichem Gebiet liegender Zweck vorliegt, prüfen, ob eine Klage vorliegt, zwar nicht, ob sie den Erfordernissen des § 253 entspricht, wohl aber, ob sie sich als Klage im allgemeinen darstellt [14]), d. h. ob vom Kläger über einen Rechtsstreit eine günstige Entscheidung des Gerichts gegen den Beklagten begehrt wird. Es ist also nicht erforderlich, daß die begehrte Entscheidung in einen bestimmten Antrag gefaßt ist oder daß das tatsächliche Vorbringen des Klägers den geltend gemachten Anspruch genügend kenntlich macht.

Demnach ist — unter Berücksichtigung der Tatsache, daß ein besonderer Antrag auf Terminsbestimmung nicht gestellt zu werden pflegt — der Vorsitzende berechtigt und verpflichtet, zu prüfen, ob der eingereichte Schriftsatz eine ordnungsmäßige Ladung enthält und ob eine Klage im allgemeinen vorliegt. Verneint der Vorsitzende dies, hat er die Terminsbestimmung durch mit Beschwerde anfechtbaren Beschluß abzulehnen. Im anderen Falle hat er den Termin zu bestimmen und damit die Entscheidung über die Klage selbst dem Gericht zu überlassen.

§ 4.

1. Daß das Gericht bei mangelhafter Klage nicht durch Urteil, sondern nur durch Beschluß zu entscheiden habe, ist vor

14) Walsmann, ArchZivPr. Bd. 102 S. 94 ff.

allem von Nußbaum vertreten[15]). Er hat ausgeführt, ohne Klage gäbe es keinen Kläger und Beklagten, dürfe keine mündliche Verhandlung stattfinden und dürfe kein Urteil erlassen werden: ein Rechtsstreit im rechtlichen Sinne, insbesondere im Sinne des § 300 liege nicht vor. Wenn trotzdem versehentlich eine mündliche Verhandlung stattfinde, so ändere dies nichts daran, daß ein Rechtsstreit im rechtlichen Sinne nicht vorliege, da der mündlichen Verhandlung niemals die Fähigkeit beigelegt sei, einen Rechtsstreit zu begründen. Es liege lediglich ein tatsächliches Streiten der Parteien vor Gericht vor und das Gericht sei, wenn es das Fehlen der Klage bemerke, nicht befugt, in der Sache weiter tätig zu werden, und müsse etwaige Anträge auf Verhandlung oder Entscheidung durch Beschluß zurückweisen. In Anbetracht dessen nun, daß eine Parteihandlung, die gegen wesentliche Gesetzesvorschriften verstößt, ungültig sei und einen Rechtserfolg nicht herbeizuführen vermöge, kommt Nußbaum zu dem Ergebnis, daß die mangelhafte, also ungültige Klage das Urteilsverfahren nicht begründet, infolgedessen der Fall der mangelhaften Klage dem Fall, wo eine Klage gar nicht versucht ist, gleichzustellen ist und auch auf die mangelhafte Klage lediglich ein Beschluß zu ergehen hat. Eine Ausnahme macht Nußbaum lediglich bei solchen Mängeln, die ihren Grund in der Parteiunfähigkeit, in der Prozeßunfähigkeit oder in der mangelnden gesetzlichen Vertretung des Klägers haben, und zwar auf Grund der besonderen Bestimmung des § 275[16]).

Grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt steht Wurzer[17]). Wurzer kommt jedoch auf Grund verschiedener gesetzlicher Vorschriften zu weitgehenden Ausnahmen, und zwar gerade in den hier interessierenden Fällen eines Mangels bei der Erhebung der Klage[18]).

Ebenfalls hierher zu rechnen ist Kleinfeller[19]). Auch er vertritt die Ansicht, daß eine mangelhafte Klage keine rechtlichen Wirkungen erzeuge. Er unterscheidet sich von Nußbaum und Wurzer dadurch, daß er den Begriff der Rechtshängigkeit einschaltet und an diese die Statthaftigkeit des Urteils knüpft. Demnach tritt also bei Mangelhaftigkeit der Klage deren Rechtsfolge, die Rechtshängigkeit, nicht ein, ist ein Urteil ausgeschlossen und hat

15) Prozeßhandlungen S. 66 ff., S. 79 ff.; JW. 1914 S. 449.
16) Prozeßhandlungen S. 103.
17) Gruch. Bd. 64 S. 44 ff.
18) Gruch. Bd. 64 S. 48 ff., 52 f.
19) Lehrbuch § 77.

lediglich ein Beschluß zu ergehen, durch den die Klage abgewiesen wird. Zur Begründung zieht Kleinfeller die §§ 274/75 heran[20]). Der Zweck des § 275 sei es, für diese wichtigen Fälle den Weg der Berufung und Revision zu eröffnen. Daraus folge, daß in anderen Fällen die Urteilsform nicht zu wählen sei; denn sonst würde sie auf Fälle angewendet werden, die minder wichtig sind als die des § 274, wo ein Urteil ergeht, das nur hinsichtlich der Rechtsmittel dem Endurteil gleichgestellt wird.

Dieses argumentum e contrario ist nicht überzeugend. Mögen immerhin die Fälle des § 274 wichtiger als die eines Mangels der Klageerhebung sein, so ist doch nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Mangel der Klageerhebung so wichtig sein sollte, daß er nicht ebenfalls eine Entscheidung durch Urteil rechtfertigte[21]). So ist denn auch im Gegenteil der § 274 zu einem Analogieschluß verwendet worden[22]). Auch die übrigen Begründungen für das Beschlußverfahren können nicht als stichhaltig angesehen werden. Denn daß eine nicht ordnungsmäßige Klage als ungültig keine Rechtswirkungen erzeugt und infolgedessen das Urteilsverfahren nicht begründet, ist die Behauptung, die zu beweisen ist.

2. Eine Lösung der Frage ergibt sich auch hier wieder aus den §§ 519b, 554a, 589 und 341. Wenn es hier bezüglich des Einspruchs und der Wiederaufnahmeklage heißt, daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen habe, ob der Rechtsbehelf in der gesetzlichen Form eingelegt sei, und er, wenn dies nicht der Fall ist, als unzulässig zu verwerfen sei, so bedeutet dies nicht, daß die Verwerfung als unzulässig in einem besonderen formlosen Beschlußverfahren zu erfolgen hat, sondern das Gesetz geht ohne weiteres davon aus, daß die Entscheidung in dem an sich durch den Rechtsbehelf begründeten Verfahren und damit gemäß § 300 durch Urteil zu erlassen ist. Dies ist allgemeine Meinung und wird auch noch durch die §§ 519b und 554a gestützt, wo als Ausnahme hiervon die Möglichkeit einer Entscheidung durch Beschluß besonders angeordnet wird. Da diese Vorschriften auf die Klage im Wege der Rechtsähnlichkeit angewendet werden dürfen, so ergibt sich damit, daß grundsätzlich über die mangelhafte Klage in demselben Verfahren entschieden werden muß, wie über die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Klage, also nach notwendiger mündlicher Verhandlung durch Urteil[23]). Ein

20) ArchZivPr. Bd. 135 S. 735.

21) Siehe unten S. 16.

22) Werner S. 50.

23) Für analoge Anwendungen dieser Vorschriften auch Wurzer, Gruch., Bd. 64 S. 48, jedoch nur bezüglich des Klageschrift-

Mangel der Klageerhebung hindert die Begründung des Urteilsverfahrens also grundsätzlich nicht.

Diese Lösung darf als die den Bedürfnissen der Praxis am besten gerecht werdende bezeichnet werden. Der Einwand der Gegner, daß über eine so untergeordnete Formalität, wie es die Ordnungsmäßigkeit der Klage sei, nicht langwierig gestritten werden dürfe und daß daher das Urteilsverfahren ungeeignet sei[24]), verkennt die Sachlage. Denn regelmäßig wird der Kläger von der Möglichkeit, den Mangel zu beseitigen, Gebrauch machen, so daß ein langwieriger Streit über die Ordnungsmäßigkeit der Klage gar nicht in Frage kommt. Nur dann wird er den Mangel nicht beseitigen und es zu einem Streit über die Ordnungsmäßigkeit der Klage kommen lassen, wenn er an einer Beseitigung des Mangels und damit späterer Klageerhebung kein Interesse hat, z. B. weil der eingeklagte Anspruch inzwischen verjährt ist. In diesem Falle aber hängt von der Entscheidung über die Ordnungsmäßigkeit der Klage das Schicksal des ganzen Anspruchs ab, und es ist daher gerechtfertigt, über diese Frage ebenso wie über die Begründetheit der Klage in dem Verfahren zu entscheiden, das die größtmögliche Gewähr für eine richtige Entscheidung bietet, nämlich im Urteilsverfahren.

3. Diese Ansicht ist als die durchaus herrschende zu bezeichnen[25]). Sie wird insbesondere ständig in der Rechtsprechung vertreten[26]). Im einzelnen ist hier noch auf Süß und Rosenberg einzugehen.

Süß legt seinen Untersuchungen den Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses zu Grunde, das vorliegen muß, damit ein Urteil ergehen kann, und betont mit Recht, daß man bei einem Rechtsverhältnis zwischen dem Entstehungstatbestand und seinen Voraussetzungen unterscheiden müsse[27]). Zum Entstehungstat-

---

satzes. Diese Beschränkung ist aber insbesondere wegen § 589 nicht geboten.

24) Nußbaum S. 81 ff.

25) Stein-Jonas § 300 I, § 274 I 2; Seuffert-Walsmann § 253, 5b, 6; Förster-Kann § 253, 4a; Baumbach § 253, 1C; Sydow-Busch-Krantz § 253 Anm. 1 u. 2, Vorbem. zu § 253; Hellwig, System § 112 II 2, § 114 III 4; Goldschmidt, Proz. als Rechtsl. S. 395, Lehrbuch § 54, 3a.

26) RG. 13, 334; 21, 388; 34, 392; Königsberg SA. 58, 38; Jena JW. 1925, 2349, wo ausgeführt wird, die Rechtsprechung habe sich daran gewöhnt, in Fällen eines Mangels der Klage die Klage durch Urteil abzuweisen, und diese Übung sei auch zweckmäßig.

27) JW. 54 S. 24 f.

bestand des Prozeßrechtsverhältnisses, d. h. zur Begründung des Urteilsverfahrens, gehört nach Süß nur, daß der Gesamttatbestand der Klageerhebung, der in Anfertigung einer Klageschrift, deren Einreichung bei Gericht und Zustellung an den Beklagten besteht[28]), vorliegt, mögen auch die drei Stücke des Gesamttatbestandes im einzelnen mit Fehlern behaftet sein[29]). So gehört insbesondere zur Anfertigung einer Klageschrift nur, daß sie sich als Klage im populären Sinn darstellt, d. h., daß sie den Namen des Klägers, des Beklagten, des angerufenen Gerichts sowie den geltend gemachten Anspruch darlegt[30]). Liegt dieser Entstehungstatbestand vor, so besteht das Prozeßrechtsverhältnis, der sogenannte Formalprozeß, in dem die fehlerhafte Klage durch Urteil als unzulässig abgewiesen wird. Liegt der Entstehungstatbestand aber nicht vor, so ist mangels des Prozeßrechtsverhältnisses ein Urteil unstatthaft und hat ein Beschluß zu ergehen, daß die Klage nicht erhoben sei. Sind weiter auch die Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses, die Prozeßvoraussetzungen, vorhanden, zu denen auch die Ordnungsmäßigkeit der Klage gehört, so besteht ein vollgültiges Prozeßrechtsverhältnis und kann eine Sachentscheidung ergehen.

Zur Begründung der wesentlichen Frage, weshalb zum Entstehungstatbestand des Prozeßrechtsverhältnisses lediglich der von ihm dargelegte Mindesttatbestand und nicht auch eine ordnungsmäßige Klage gehöre, führt Süß nur kurz aus[31]), daß eine in seinem Sinne fehlerhafte Klage einen Prozeß herbeiführen müsse, weil sonst gar nicht autoritativ das Bestehen eines Mangels festgestellt werden könne. Es käme dann höchstens eine büromäßige Entscheidung und gegebenenfalls Abweisung der Klage a limine iudicii in Frage. Doch sei eine solche Regelung dem modernen Prozeß fremd. Weiter wird nicht erklärt, weshalb denn gerade der Begriff der fehlenden und fehlerhaften Klage, so wie Süß ihn aufstellt, für die Entscheidung, ob ein Urteil oder ein Beschluß zu ergehen habe, maßgebend sein soll. Süß verkennt hier die wesentliche Bedeutung der Terminsbestimmung, ohne die das Urteilsverfahren nicht begründet werden kann[32]).

Nach Rosenberg ist die Notwendigkeit der Fällung des Endurteils eine Wirkung der Rechtshängigkeit[33]). Die Rechtshängig-

28) Vgl. aber ZZP. 54 S. 49; ZZP. 55 S. 277.
29) Festgabe S. 126.
30) ZZP. 54 S. 45.
31) ZZP. 54 S. 46 f.
32) Vgl. unten S. 18/19. Richtig Süß ZZP. 54 S. 49, 55, S. 277.
33) § 97 III 1.

keit setzt aber voraus, daß eine den Vorschriften des § 253 entsprechende, mit Terminsbestimmung versehene Klageschrift dem Beklagten ordnungsmäßig zugestellt ist[34]). Demnach müßte Rosenberg folgerichtig der Ansicht sein, daß über eine mangelhafte Klage nicht durch Urteil entschieden werden dürfte. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr soll bei einem Mangel des Inhalts der Klageschrift, der auf § 253 II Z. 1—2 beruht, die Klage durch Urteil abgewiesen werden[35]), so daß ein Widerspruch nicht geleugnet werden kann. Anders ist es dagegen bei Fehlen der Ladung; hier soll bei Streit der Parteien über die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung ein Beschluß ergehen, der den Mangel der Klageerhebung feststellt, da in diesem Falle die Klage nicht erhoben sei und demnach auch nicht als unzulässig abgewiesen werden könne[36]) [37]).

Soweit das Fehlen der Ladung darauf beruht, daß die Klageschrift überhaupt nicht zugestellt ist, handelt es sich zugleich um einen Mangel der Zustellung und sei daher auf das Folgende verwiesen[38]). Ist dagegen die Klageschrift ordnungsmäßig zugestellt worden, in ihr aber eine Ladung nicht enthalten, so bestehen, falls überhaupt Termin bestimmt worden ist, keine Bedenken, Begründung des Urteilsverfahrens und, wenn nur eine Partei erschienen ist, Abweisung des Antrages auf Versäumnisurteil durch Beschluß gemäß § 335 I Z. 2 anzunehmen. Erscheinen aber beide Parteien und stellt der Kläger seine Anträge, so wäre durch das Erscheinen des Beklagten der Mangel der Ladung geheilt[39]) und könnte ein Urteil ergehen.

4. a) Die Einschränkung, die von dem grundsätzlichen Stattfinden des Urteilsverfahrens gemacht werden muß, ist die, daß überhaupt die tatsächliche Möglichkeit des Urteilsverfahrens, also zunächst die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung besteht. Bei Mängeln, bei denen dies nicht der Fall ist, kann die grundsätzliche Regelung naturgemäß nicht Platz greifen. Mängel dieser Art waren die eingangs herausgehobenen, bei denen vom Vorsitzenden die Terminsbestimmung nicht vorgenommen werden durfte und danach eine mündliche Verhandlung mit Endentscheidung durch Urteil nicht stattfinden konnte. Jedoch auch

34) § 97 II 1c, d.
35) § 91 III 3b.
36) § 91 III 3a.
37) Wegen Fehlens der Terminsbestimmung vgl. unten S. 18/19, wegen Mängel der Zustellung unten S. 20 und 21 f.
38) Vgl. unten S. 19 ff.
39) Vgl. § 9.

im weiteren Verlauf der Klageerhebung, d. h. nach Einreichung der Klageschrift, können solche Mängel vorkommen.

Zunächst handelt es sich hier um einen Mangel, der den zur Versagung der Terminsbestimmung führenden Mängeln gleichsteht, nämlich um den, daß zwar die eingereichte Klageschrift den Voraussetzungen der Terminsbestimmung entspricht, der Vorsitzende aber gleichwohl eine Terminsbestimmung nicht vornimmt. In diesem Falle des Fehlens der Terminsbestimmung kann es zu einer mündlichen Verhandlung gar nicht kommen[40]). Anders ist es lediglich bei den Amtsgerichten gemäß § 500; aber hier handelt es sich dann nicht mehr um die ursprüngliche, sondern um eine neue, in der mündlichen Verhandlung zu erhebende Klage.

b) Weiter bedarf hier der Erörterung die Frage eines Mangels der Zustellung. Würde der Mangel so beschaffen sein, daß die Zustellung gänzlich fehlte, indem sie z. B. gar nicht erst versucht wurde oder die Klageschrift als unbestellbar zurückkam, so wäre eine Klage nicht erhoben, da die Zustellung ja zum Tatbestande der Klageerhebung gehört. Der Beklagte, der zufällig von dem Termin Kenntnis erlangt hätte und im Termin erschienen wäre, wäre nicht berechtigt, Abweisung der Klage zu verlangen, da die Abweisung einer nicht erhobenen Klage unmöglich ist. Ohne weiteres erhellt, daß in diesem Falle, wo nur der Beklagte erschienen ist, eine beiderseitige mündliche Verhandlung mit Fällung der Endentscheidung durch Urteil gemäß § 300 nicht stattfinden kann. Aber auch in Gestalt des Versäumnisverfahrens findet das Urteilsverfahren nicht statt, da die hierfür erlassenen Vorschriften für diesen Fall nicht passen. Denn wie sich aus § 330, der bei Nichterscheinen des Klägers Abweisung der Klage vorsieht, ergibt, setzt auch das Versäumnisverfahren Klageerhebung voraus. Sämtliche Anträge des Beklagten, insbesondere der auf Versäumnisurteil gegen den Kläger[41]), müßten daher formlos durch Beschluß abgewiesen werden. Hierbei handelt es sich nicht, wie vielfach angenommen wird, um einen Beschluß nach § 335, da ein Versäumnisverfahren nicht vorliegt und daher auch § 335 unanwendbar ist.

Ganz das Gleiche gilt entsprechend für den Fall, daß der Kläger allein im Termin erscheint. Insbesondere kann der Kläger

---

40) Hellwig, Lehrbuch § 68 I, System § 112 I.

41) Dresden SächsAnm. 23, 284 f., Kiel SchlHAnz. 06, 263. Seuffert-Walsmann § 330, 2c; Stein-Jonas vor § 330 II 4.

in dem Termin, zu dem der Beklagte nicht geladen ist, nicht das Urteilsverfahren dadurch begründen, daß er im Termin durch Vortrag des Klageschriftsatzes die Klage fehlerhaft erhebt. Wohl aber würde seinem Antrage auf Vertagung entsprochen werden müssen, so daß der Kläger nicht erneut eine Klageschrift zwecks Terminsbestimmung bei Gericht einzureichen braucht, sondern seine Klage in Verbindung mit dem bestimmten Termin erheben kann.

Würden dagegen beide Parteien auftreten und damit der Mangel der Ladung des Beklagten geheilt sein[42]), so würde der Kläger die Klage in der mündlichen Verhandlung vortragen können. Hierdurch würde die Klage, wenn auch fehlerhaft, erhoben sein[43]) und damit nichts mehr im Wege stehen, daß der Regel entsprechend das Urteilsverfahren begründet ist.

Es ist auch sachlich durchaus berechtigt, bei fehlender Zustellung in dieser Weise zwischen dem Fall, daß der Kläger in wirksamer mündlicher Verhandlung den Antrag auf Verurteilung des Beklagten stellt, und dem Fall, daß er einen solchen Antrag nicht stellt oder sogar ausdrücklich erklärt, er stelle einen solchen Antrag nicht und habe eine Klage nicht erhoben, zu unterscheiden. Im letzteren Falle besteht kein Bedürfnis für den Beklagten, daß die „Klage" abgewiesen wird, während im anderen Falle die Gefahr einer Verurteilung des Beklagten besteht, weil der Mangel übersehen werden könnte.

Mit der hier vertretenen Ansicht, daß, wenn die Klagezustellung gänzlich fehlt und die Klage auch nicht in der mündlichen Verhandlung erhoben wird, ein Urteil nicht ergehen könne, sondern die Anträge der Parteien durch Beschluß zurückgewiesen werden müssen, stimmen Hellwig[44]) und Rosenberg[45]) sowie bezüglich des Klageabweisungsantrages des Beklagten auch Goldschmidt[46]) und das OLG. Stettin[47]) überein.

Anderer Ansicht sind anscheinend Stein-Jonas[48]), da nach ihnen in jedem Falle, in dem durch die Terminsbestimmung die mündliche Verhandlung obligatorisch geworden ist, die Entscheidung durch Urteil ergehen soll; abweichend steht auch Hein[49]),

42) Vgl. unten S. 35 ff.
43) Vgl. unten S. 30 f.
44) Lehrbuch II, § 68 II, 2, System § 112 I.
45) Lehrbuch § 91 III 3a.
46) Zivilprozeßrecht § 54, 3a.
47) Urteil vom 18. 9. 28 JW. 55 S. 274 ff.
48) § 300 I.
49) S. 167 ff.; vgl. dagegen Walsmann, JW. 54 S. 207 ff.

der die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses an die Terminsbestimmung knüpft.

Uneinheitlich ist die Stellungnahme von Süß. In ZZP. 54 S. 49 f. vertritt er die Ansicht, daß die Terminsbestimmung zwar erst einseitige Rechtsbeziehungen zwischen dem Gericht und dem Kläger herstellt, daß aber der Termin, wenn er bestimmt sei, auch dann stattfindet, wenn die Klage aus irgendeinem Grunde nicht zugestellt wurde, und daß dann ein Formalprozeß auf Grund des Mindesttatbestandes von Einreichung der Klage und Terminsbestimmung vorliege, der mit einem Urteil endet. Dies sei unbestreitbar und unzweifelhaft. In ZZP. 55 S. 277 f. behauptet Süß dagegen, es sei sicher, daß die durch Einreichung der Klageschrift bei Gericht und Terminsbestimmung entstandenen Rechtsbeziehungen zwischen dem Gericht und dem Kläger zu einem Formalprozeß und zu einem Urteil nicht ausreichen[50]).

c) Würde der Mangel bei der Zustellung nur dahin gehen, daß die Zustellung nicht gänzlich fehlt, sondern daß sie vorgenommen, dabei aber ein Fehler unterlaufen ist, so würde im Gegensatz zum gänzlichen Fehlen der Zustellung der Regel entsprechend ein Urteilsverfahren vorliegen. Demnach kann also der Beklagte Abweisung der Klage durch Versäumnisurteil verlangen (§ 330). § 335 I Z. 2 würde dem nicht im Wege stehen, da der Kläger, der den Beklagten geladen hat, dadurch sein Erscheinen zugesagt hat[51]) und als geladen anzusehen ist; ordnungsmäßig aber würde die Selbstladung des Klägers aus dem Grunde sein, da der Kläger sich auf die Fehlerhaftigkeit seiner eigenen Ladung nicht berufen kann[52]). Der Antrag des Klägers auf Versäumnisurteil gegen den Beklagten führt dagegen nicht zur Verurteilung des Beklagten; hier wäre der Antrag gemäß § 335 Z. 2 durch Beschluß zurückzuweisen.

Während an der Statthaftigkeit des Urteilsverfahrens bei bloßen Fehlern der Zustellung regelmäßig kein Zweifel besteht, nimmt Rosenberg auch hier an, daß lediglich ein Beschluß ergehen dürfe, der den Mangel der Klageerhebung feststellt, mit der Begründung, daß hier ebenso wie bei dem Fehlen der Zustellung die Klage nicht erhoben sei, da jeder Fehler bei der Zustellung die Unwirksamkeit dieser bedinge und daher Fehlen und Fehler der Zustellung gleichzustellen seien[53]).

50) Ebenso in der Festgabe S. 140 Anm. 21.

51) RG. 86, 139; Seuffert-Walsmann § 335, 5.

52) Seuffert-Walsmann § 170, 1c, § 295, 7; Hellwig System § 173 V, 1c.

53) § 91 III 1, § 72 II 2.

Diesem vermag nicht gefolgt werden. Sicherlich hat Rosenberg insoweit Recht, daß im Negativen beide Fälle gleichliegen: Weder beim Fehlen noch bei einem Fehler der Zustellung liegt eine ordnungsmäßige Klage vor. Aber im übrigen kann nicht geleugnet werden, daß zwischen einem gar nicht vorhandenen und einem fehlerhaften Akt Unterschiede bestehen, die sich schon darin zeigen, daß eine fehlerhafte Zustellung Grundlage für eine Heilung gemäß § 295 ist, während eine fehlende Zustellung dies nicht ist. Hätte Rosenberg Recht, so wäre schließlich auch nicht einzusehen, weshalb nicht die gegen den § 253 II Z. 1 u. 2 verstoßende Klageschrift ebenfalls als gar nicht vorhanden angesehen werden müßte.

Im Ergebnis mit Rosenberg übereinstimmend ist Oertmann[54]), der ausführt, daß zwecks Vermeidung der Notwendigkeit einer neuen Klageerhebung und in der Erwägung, daß man ein noch nicht vorhandenes Tatbestandsstück nicht wie ein überhaupt nicht beschaffbares behandeln dürfe, kein die Klage endgültig abweisendes Urteil zu erlassen sei, sondern lediglich ein Beschluß, dahingehend, daß der Antrag des Klägers auf Verurteilung des Beklagten bzw. auf Verhandlung zurückgewiesen werde, wodurch über die Klage noch nicht entschieden sei. Oertmann zieht zur Begründung den § 335 heran, wo bei Ausbleiben des Beklagten bei nicht ordnungsmäßiger Ladung desselben auch kein klageabweisendes Urteil ergehe, sondern lediglich der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils durch Beschluß zurückgewiesen werde. Erst recht müsse diese Regelung gelten, wo der Mangel der Zustellung dadurch, daß der Beklagte trotzdem erschienen ist, eine viel geringere Wirkung habe. Dieser Versuch, das Problem zu lösen, scheitert jedoch daran, daß es einen besonderen Antrag auf Verurteilung des Beklagten neben dem Verurteilungsantrag der Klage nicht gibt.

5. Nach diesen Darlegungen kann als Ergebnis zusammengefaßt werden: Ist der Mangel der Klage derart, daß das eingereichte Schriftstück keine Klage im allgemeinen ist, also kein Klageschriftsatz eingereicht ist, oder die Terminsbestimmung oder die Zustellung gänzlich fehlt, wird ein Urteilsverfahren nicht begründet. In allen anderen Fällen eines Mangels aber findet das Urteilsverfahren in genau der gleichen Weise wie bei ordnungsgemäß erhobener Klage statt. Zu beachten ist außerdem lediglich, daß trotz Fehlens der Zustellung ein Urteilsverfahren stattfindet, wenn

54) ZZP. 48 S. 445 ff.

der Kläger die Klage mündlich erhebt. Im ersten Fall liegt keine, in den anderen Fällen fehlerhafte Erhebung der Klage vor.

Vergleicht man dies Ergebnis mit der eingangs gemachten Untersuchung, wann begrifflich eine fehlende und fehlerhafte Klage vorliegt[55]), so zeigt sich, daß in allen den Fällen, in denen begrifflich das Vorliegen einer Klage verneint wurde, in entsprechender Weise auch das Urteilsverfahren nicht stattfindet und daß in den Fällen, in denen begrifflich eine, wenn auch fehlerhafte Klage vorlag, das Urteilsverfahren begründet wird. In diese Gleichung fügt sich der Fall, daß bei Fehlen der Zustellung der Kläger die Klage in der mündlichen Verhandlung erhebt, ohne weiteres ein, da auch hier begrifflich fehlerhafte Erhebung der Klage vorliegt.

6. Es bleibt in diesem Zusammenhang noch übrig festzustellen, daß die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung Vorbedingung dafür ist, daß über die Klage sachlich verhandelt und entschieden wird. Bei einem Mangel der Klageerhebung dürfte also nicht sachlich verhandelt werden und müßte die nach § 300 ergehende Entscheidung zum Inhalt haben, daß die Klage als unzulässig abgewiesen wird[56]). Streitig ist aber, ob man die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung als Prozeßvoraussetzung anzusehen hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie man den Begriff der Prozeßvoraussetzung faßt. Versteht man darunter alle diejenigen Tatsachen, die vorliegen müssen, damit sachlich verhandelt und entschieden werden kann, so ist sowohl die Erhebung der Klage als solche wie ihre Ordnungsmäßigkeit Prozeßvoraussetzung. Unterscheidet man aber zwischen der Begründung eines Prozesses und seiner Zulässigkeit[57]) und bringt nur die Bedingungen der Zulässigkeit des Prozesses unter den Begriff der Prozeßvoraussetzung, so sind die Tatsachen, die zur Erhebung der Klage gehören und bei deren Nichtvorliegen die Klage im Sinne der obigen Darlegungen fehlen würde, als prozeßbegründende Tatsachen keine Prozeßvoraussetzungen; Prozeßvoraussetzungen sind nur die Tatsachen, die die Ordnungsmäßigkeit der erhobenen Klage bedingen.

---

55) Vgl. oben S. 8.

56) Seuffert-Walsmann § 253, 5 u. 6; Stein-Jonas § 253 IV 2.

57) Rosenberg § 89 I 2; Süß ZZP. 54 S. 12 ff. Festgabe S. 125 ff.

2. Abschnitt.

Klagemangel und Rechtshängigkeit.

§ 5.

Ob man im Falle des Vorliegens einer fehlerhaften Klage Eintritt der Rechtshängigkeit annimmt, hängt davon ab, wie man den Begriff der Rechtshängigkeit bestimmt. Bezeichnet man als Rechtshängigkeit die tatsächliche Existenz eines Urteilsverfahrens über einen prozessualen Anspruch[58]), so würde die fehlerhafte Klage die Rechtshängigkeit begründen. Das Wesentliche aber ist, ob auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit bei fehlerhafter Klage eintreten. Es ist allgemeine Meinung, daß die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit erst mit der ordnungsmäßig erhobenen Klage eintreten[59]), und es besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen. Bei Mängeln der Klageschrift gemäß § 253 II Z. 1 und 2, die bedeuten, daß der geltend gemachte Anspruch nicht genügend bestimmt ist, verbietet sich dies schon aus dem Grunde, weil hier gar nicht feststeht, bezüglich welchen Anspruchs z. B. die Verjährung unterbrochen wird. Im Gegensatz hierzu ist aber anzunehmen, daß die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit auch bei fehlerhafter Klage eintreten. Diese Wirkungen sind an die Tatsache des Urteilsverfahrens geknüpft; so lange dieses besteht, kann sich der Kläger nicht auf die Ungültigkeit seiner Klageerhebung berufen, weil er dadurch seiner eigenen Urteilsbitte widerspräche[60]).

III. Teil.

Die Beseitigung von Mängeln der Klageerhebung.

1. Abschnitt.

Die Beseitigung des Mangels durch Heilung.

§ 6.

1. Regelmäßig wird der Kläger kein Interesse daran haben, sich der Gefahr auszusetzen, daß seine Klage wegen eines Mangels abgewiesen wird. Er wird vielmehr darauf bedacht sein, den

58) Rosenberg § 97 I.
59) Rosenberg § 97 II 1; Stein-Jonas § 253 IV.
60) Seuffert-Walsmann § 263, 3.

Mangel zu beseitigen. Dieses kann er einmal dadurch tun, daß er die mangelhafte Klage von neuem erhebt.

Vielfach wird der Kläger jedoch dieser Mühe dadurch überhoben, daß eine Heilung des Mangels eintritt. Im Gegensatz zur Neuvornahme der Klage bleibt hier der Mangel an sich bestehen, indem die Klageerhebung nach wie vor nicht den Erfordernissen des § 253 entspricht. Der Mangel verliert aber durch das die Heilung verursachende Ereignis seine Bedeutung und Wirkung, so daß die Klage als fehlerfreie zu behandeln ist und sie dieselbe rechtliche Wirkung wie eine mangelfreie Klage hat[61]).

In Betracht kommen zwei Möglichkeiten der Heilung. Einmal wird der Mangel dadurch geheilt, daß der Zweck, dem die verletzte Norm dient, erreicht wird, zum anderen dadurch, daß der Beklagte sein Recht, den Mangel zu rügen, durch Verzicht oder Versäumung der Rüge verliert.

2. Bei letzterem handelt es sich um die Vorschrift des § 295, in der es heißt, daß die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden kann, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie in der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Ausgeschlossen ist ein solcher Verlust des Rügerechtes nur dann, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung die Partei wirksam nicht verzichten kann.

a) Über die Wirkung des Rügeverlustes bei Mängeln der Klage besteht kein Streit. Man ist sich darüber einig, daß ebenso wie bei anderen Prozeßhandlungen auch bei der Klage die Heilung des Mangels rückwirkende Kraft hat und demnach die Klage als von Anfang an gültig anzusehen ist. Auch darüber besteht nunmehr Einhelligkeit, daß die Rückwirkung nicht nur die prozessualen, sondern auch die materiellrechtlichen Folgen der Klage betrifft[62]). Früher vertrat das RG. die Ansicht[63]), daß der Zeitpunkt des Eintritts der materiellrechtlichen Wirkungen durch die Heilung nicht vorverlegt werde und der Beklagte durch den Verlust des Rügerechtes nicht gehindert werde, sich materiell mit Erfolg auf die vor der Heilung vollendete Verjährung zu be-

---

61) Rosenberg § 75 III.

62) Oertmann ZZP. 48 S. 455 f. Seuffert-Walsmann § 253, 6; Stein-Jonas § 253 IV 1; Förster-Kann § 253, 4b, bb, β.

63) RG. 14, 338; 45, 424.

rufen, „weil die einmal vollendete Verjährung durch irgend ein prozessualisches Verhalten des die Verjährungseinrede vorschützenden Beklagten nicht wieder rückgängig gemacht werden kann". Mit Recht hat das RG. diesen Standpunkt verlassen[64]). Die materiellrechtlichen Folgen werden an die Klageerhebung geknüpft. Wann aber eine gültige Klageerhebung vorliegt, bestimmt sich, da die Klageerhebung eine Prozeßhandlung ist, ausschließlich nach Prozeßrecht, und es geht nicht an, wenn das Prozeßrecht eine nach § 295 geheilte Klage der von vornherein ordnungsmäßigen Klage völlig gleichstellt, in Bezug auf die daran geknüpften Wirkungen Unterschiede zu machen.

b) Die Meinungsverschiedenheit, die bezüglich der Heilung nach § 295 besteht, ist die, ob der § 295 überhaupt auf alle Mängel Anwendung findet und nicht vielmehr einige Mängel unheilbar sind, weil der Beklagte auf die Einhaltung der diesbezüglichen Vorschriften wirksam nicht verzichten kann.

Unverzichtbar sind alle die Vorschriften, die nicht nur im Interesse der Parteien gegeben sind, sondern deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt. Lediglich im Interesse des Beklagten liegen nach allgemeiner Meinung die Vorschriften über die Ladung[65]). Dasselbe gilt für die Vorschriften über die Zustellung[66]). Hiergegen können Bedenken nicht erhoben werden, so daß also bei einem Mangel der Ladung oder der Zustellung eine Heilung möglich ist. Überwiegend wird angenommen, daß auch die Vorschriften des § 253 II Z. 1 und 2 verzichtbar seien. Hierher gehören vor allem Stein-Jonas[67]) und Seuffert-Walsmann[68]). Auch das RG. hat sich hierfür ausgesprochen[69]).

Selbstverständlich ist es, daß eine Prüfung, ob eine Heilung möglich ist, nur dann in Frage kommt, wenn wenigstens eine Klageschrift im allgemeinen vorliegt. Denn etwa eine Frühstückseinladung kann, wenn der Vorsitzende auf sie vorschriftswidrig Termin angesetzt hat, niemals durch Heilung zu einer gültigen Klage werden. Man könnte ja nun sagen, daß es vollständig gleichgültig wäre, ob der Inhalt der Klageschrift die nach § 253 II Z. 1 und 2 erforderlichen Angaben enthält; das Gericht würde

64) RG. 87, 271; 90, 86; 113, 341; JW. 32, 1016.

65) Stein-Jonas § 295 II, 2b, Vorb. IV vor § 166; Seuffert-Walsmann § 295, 2.

66) Seuffert-Walsmann § 295, 2; Oertmann ZZP. 48, S. 45; Stein-Jonas § 295 II 2b, Vorb. IV vor § 166.

67) § 253 IV 1; vgl. hiergegen Süß Festgabe S. 133 ff.

68) § 253, 5a, β.

69) RG. 22, 420; 49, 376; unentschieden Gruchot 57, 169.

die Klage nach Eintritt der Heilung eben nicht mehr wegen der fehlenden Prozeßvoraussetzung der Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung als unzulässig, sondern, da diese Prozeßvoraussetzung nun gegeben ist, durch sachliche Entscheidung wegen Unbestimmtheit des Urteilsbegehrens abweisen. Die Folge dessen aber, daß die Klage bei Unbestimmtheit des geltend gemachten Anspruchs nicht mehr als unzulässig wegen mangelnder Ordnungsmäßigkeit der Klage abgewiesen werden kann, wäre, daß nun, bevor eine sachliche Abweisung erfolgen könnte, erst sämtliche übrigen Prozeßvoraussetzungen in unter Umständen langen Verhandlungen geprüft werden müßten und das, obwohl die Notwendigkeit der Klageabweisung von vornherein feststeht. Daß ein solches Verfahren nicht im öffentlichen Interesse liegt, bedarf keiner näheren Darlegung. Es liegt vielmehr im öffentlichen Interesse, daß eine Klage, die den Vorschriften des § 253 II Z. 1 und 2 nicht entspricht und deren Mangel der Kläger nicht durch Neuvornahme des fehlerhaften Teils beseitigen will, wegen der mangelnden Prozeßvoraussetzung der Ordnungsmäßigkeit der Klage abgewiesen werden kann.

Im übrigen ist es sinnwidrig, bei einem Verstoß gegen die Vorschriften des § 253 II Z. 1 und 2 eine Heilung anzunehmen und von einer gültigen Klage zu sprechen, da eine solche Klage gar nicht die Wirkungen einer ordnungsmäßigen Klage haben kann. Denn es kann weder die Verjährung des Anspruchs unterbrochen werden noch in eine Prüfung der Frage, ob der Anspruch begründet ist oder nicht, eingetreten werden, da infolge des Mangels ein bestimmter Anspruch, bezüglich dessen die Verjährung unterbrochen wird oder dessen Begründetheit geprüft werden soll, gar nicht erhoben ist. Auch in dem Punkte würde die Klage trotz Heilung nicht die Wirkung einer mangelfreien Klage haben, sondern der mangelhaften ungeheilten Klage völlig gleichstehen, daß sie nach wie vor wegen Unbestimmtheit des geltend gemachten Anspruchs, also wegen Verstoßes gegen den § 253 II Z. 1 und 2 abgewiesen wird.

Man muß daher das Vorliegen einer den Vorschriften des § 253 II Z. 1 und 2 entsprechenden Klage als die unerläßliche Streitgrundlage betrachten, auf die nicht verzichtet werden kann und die gegeben sein muß, damit eine gültige, mit den Wirkungen einer ordnungsmäßigen Klage ausgestattete Klage vorliegt[70]).

c) Das öffentliche Interesse erfordert nicht, daß die im § 253 II Z. 1 und 2 geforderten Angaben bereits in der Klageschrift

70) Förster-Kann § 253, 4a, bb; Süß Festgabe S. 131 ff.

vorhanden sind; vielmehr ist die im öffentlichen Interesse notwendige Streitgrundlage auch dann gegeben, wenn die Angaben in anderer rechtswirksamer Weise in den Prozeß eingeführt werden, und es genügt also, wenn der Kläger sie in der mündlichen Verhandlung nachträglich vorträgt. Gleichwohl würde hier aber die Klage fehlerhaft sein und zwar insofern, als die nach § 253 II Z. 1 und 2 erforderlichen Angaben in einem Schriftsatz hätten zugestellt werden müssen. Hierauf kann jedoch verzichtet werden[71]).

§ 7.

1. Was nun die Heilung im einzelnen betrifft, so ist zu beachten, daß bei Mängeln, die den Inhalt der Ladung betreffen, der Vorsitzende eine Terminsbestimmung nicht vornehmen darf und daher eine Heilung des Mangels nur dann in Frage kommt, wenn versehentlich doch Termin bestimmt ist. Jedoch kann der Fall eines Ladungsmangels weiterhin auch so liegen, daß die Terminsbestimmung mangelhaft ist. Denn auch hierdurch würde die Ladung fehlerhaft werden, da unter Ladung die Aufforderung zu verstehen ist, zu einem bestimmten vom Vorsitzenden festzusetzenden Termin vor Gericht zu erscheinen, und daher die Terminsbestimmung Bestandteil der Ladung wird[72]), so daß also in diesem Falle zwei Mängel vorliegen würden. Demnach würde die Heilung des Ladungsmangels zur Voraussetzung haben, daß auch der Mangel der Terminsbestimmung beseitigt wird; dies würde dadurch geschehen, daß das Gericht sich noch nachträglich zur Verhandlung bereit erklärt. Hierzu ist das Amtsgericht gemäß § 500 befugt und auch beim Landgericht ist ein solches Verfahren möglich, wenn auch nicht üblich[73]).

Von diesen Mängeln verschieden ist der Fall, daß der Vorsitzende ordnungsmäßig Termin bestimmt hat, aber in der dem Beklagten zu übergebenden Abschrift der Klageschrift trotz der Beglaubigung infolge eines Versehens eine andere Terminszeit verzeichnet ist; hier würde ein Zustellungsmangel, nicht aber ein Mangel des Inhalts der Ladung vorliegen[74]).

2. Ein Zustellungsmangel liegt bei jeder Verletzung der für die Bewirkung der Zustellung aufgestellten Bestimmungen vor, indem grundsätzlich ein Unterschied von für die Wirksamkeit der Zustellung wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften nicht gemacht

71) Vgl. unten S. 30.
72) RG. 13, 334; 55, 305. Oertmann ZZP. 48 S. 440 ff.
73) Rosenberg § 91 III 2a.
74) RG. 55, 307.
75) Stein-Jonas Vorb. zu § 166 IV; Rosenberg § 72 II 2.

wird[75]). Auch die Beurkundung der Zustellung (§§ 190, 191) ist nach Ansicht des RG.[76]) und der Kommentare von Stein-Jonas[77]) und Seuffert-Walsmann[78]) wesentlich. Jedoch soll ein Mangel bei der Beurkundung unschädlich sein, wenn die Zustellung selbst in Ordnung ist und der Beweis durch die Zustellungsurkunde in Verbindung mit anderen Beweismitteln erbracht wird, und zwar auch dann, wenn eins der Mußerfordernisse für die Beurkundung (§ 191) verletzt ist[79]). Weniger weit geht hier die Entscheidung des RG. 124, 22, nach der zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften unterschieden werden soll. Weiterhin wird in ständiger Rechtsprechung und unter Billigung der Kommentare im Gegensatz zu den übrigen Vorschriften des § 190 angenommen, daß der Absatz 3 des § 190 nur eine Sollvorschrift enthält und die Wirksamkeit der Zustellung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde nicht auf das zu übergebende Schriftstück gesetzt wird[80]). Es ist ohne weiteres einzusehen, daß beide Ausnahmen praktisch notwendig sind und daß es insbesondere unmöglich ist, bei jedem Mangel der Beurkundung die Zustellung für unwirksam zu erklären. Eine wirkliche Begründung für diese Ausnahme besteht jedoch nicht, und es kann daher ein Widerspruch zu der grundsätzlichen Annahme, die Beurkundung sei wesentlich, nicht geleugnet werden. Auch scheint die Forderung des RG. in der Entscheidung 124, 22, man müsse zwischen wesentlichen und unwesentlichen Erfordernissen unterscheiden, unlösbar. Diesen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man die Konsequenz zieht und die Vorschrift, daß eine Zustellungsurkunde aufzunehmen sei, nur als eine Sollvorschrift auffaßt. Diese Ansicht ist möglich, weil der Wortlaut des § 190 I an sich nur einen Befehl an den Gerichtsvollzieher enthält und in ihm von den Folgen seiner Verletzung nichts gesagt ist[81]).

3. Der schon oben bei der Frage des Verfahrens gemachte Unterschied zwischen fehlender und fehlerhafter Klage kommt auch für die Mängelheilung in Betracht. Liegt der Fall so, daß der Kläger die Klage zugestellt hat, ihm hierbei jedoch Fehler unterlaufen sind, so daß die Zustellung fehlerhaft ist, so ist eine die

76) RG. 124, 22.
77) Stein-Jonas § 190 I.
78) § 190, 1; a. A. Baumbach § 190, 1.
79) Rosenberg § 72 II 2, RG. 109, 265.
80) Seuffert-Walsmann § 190, 3; Stein-Jonas § 190 III.
81) Oertmann ZZP. 48 S. 439 f.

Vornahme der Zustellung betreffende Norm verletzt und eine Mängelheilung in der Art möglich, daß auf das Recht, die Verletzung dieser Norm zu rügen, verzichtet wird und damit die Zustellung von Anfang an, d. h. von dem Zeitpunkt der fehlerhaften Zustellung gültig wird.

Eine solche Mängelheilung ist aber in dem Falle, daß eine Zustellung überhaupt fehlt, nicht möglich. Denn hier ist infolge des Fehlens der Zustellung eine die Vornahme der Zustellung regelnde Rechtsnorm nicht verletzt und besteht daher auch kein durch eine solche Verletzung begründetes Rügerecht, auf das verzichtet werden könnte; eine Klage ist gar nicht vorhanden und kann daher auch nicht durch Verzicht des Beklagten auf ein nicht vorhandenes Rügerecht erhoben werden. Die Verletzung einer Rechtsnorm würde beim Fehlen der Zustellung nur dann vorliegen, wenn der Kläger die Klage statt durch Zustellung auf eine andere Weise erheben würde. Verletzt wäre hier aber nicht eine der die Vornahme der Zustellung regelnden Bestimmungen, sondern die Bestimmung des § 253 I selbst, wonach die Klageerhebung durch Zustellung erfolgt. Auch diese Vorschrift ist im Interesse der Parteien gegeben und daher verzichtbar[82]). Jedoch ist Voraussetzung für die Heilung, daß der Kläger die Klage in einer rechtlich erheblichen Weise erhebt. Würde der Kläger z. B. dem Beklagten die Klage mittels Briefes mitteilen, so wäre dies vielleicht materiellrechtlich eine Mahnung, aber für das Verfahrensrecht ist eine solche Mitteilung vollkommen unerheblich, so daß hier von einer mangelhaften, statt durch Zustellung auf andere Weise erhobenen Klage nicht zu sprechen ist. Erforderlich ist vielmehr, daß der Kläger die Klage in der mündlichen Verhandlung, zu der der Beklagte ordnungsmäßig geladen oder erschienen ist, vorträgt und beantragt, den Beklagten zu verurteilen. Er hat damit zum Ausdruck gebracht, daß er die Klage auf diese Weise erhebe. Verzichtet hier der Beklagte auf das durch Verletzung des § 253 I begründete Rügerecht bzw. geht dies durch Präklusion verloren, so würde also auch hier die Klage von Anfang an, d. h. mit dem Vortrage in der mündlichen Verhandlung als dem Zeitpunkt der fehlerhaften Erhebung, als gültig erhoben anzusehen sein[83]).

Somit ergibt sich, daß, wenn die Zustellung fehlt und der Kläger die Klage auch nicht in der mündlichen Verhandlung vor-

82) OLG. Kiel SA. Bd. 77 Nr. 201; Hellwig Lehrbuch Bd. II § 68 II, 1; Seuffert-Walsmann § 253, 6; Stein-Jonas § 253 IV 1; Süß ZZP. 55 S. 279 ff.

83) Eine Rückbeziehung auf die gar nicht vorhandene Zustellung ist danach nicht möglich, vgl. Oertmann ZZP. 48 S. 453 f.

trägt, der Beklagte die Zustellung nicht durch seinen Rügeverzicht hervorrufen und damit die Vollendung der Klageerhebung und den Beginn des Verfahrens herbeiführen kann; sein Rügeverzicht würde gegenstandslos sein. Der Beklagte kann daher auch nicht gegen den im Vertrauen auf die unterbliebene Zustellung ferngebliebenen Kläger das Versäumnisurteil erzielen, vielmehr würden seine sämtlichen Anträge mangels Vorliegens eines Prozesses abgewiesen werden müssen. Um den Erlaß eines Versäumnisurteils vermeiden zu können, wollen Förster-Kann[84]) zwischen einer schärferen und einer schwächeren Wirkung des Rügeverzichts unterscheiden. Aber diese Konstruktion ist nicht nur unnötig, sondern außerdem auch mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen[85]).

4. Bei der Erörterung, wann nun die Zustellung fehlt und wann sie nur fehlerhaft ist, erscheint es zweckmäßig, zunächst einige Gruppen von Mängeln besonders hervorzuheben[86]).

a) Eine Zustellung ist überhaupt nicht unternommen worden.

b) Die Klageschrift ist unbestellbar zurückgekommen.

c) Die Person, der zugestellt werden sollte (§ 191 Z. 3), der Zustellungsadressat, war nicht der Beklagte, sondern ein Dritter.

d) Es ist eine Zustellung nicht vorgenommen, jedoch fälschlicherweise eine Beurkundung der Zustellung erfolgt.

e) Die Zustellung ist von einem unzulässigen Zustellungsorgan bewirkt worden, so hat die Partei z. B. selbst zugestellt, anstatt sich eines Gerichtsvollziehers zu bedienen.

f) Es ist im Wege der Ersatzzustellung zugestellt worden, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen, bzw. es wird die Klage einer nicht berufenen Ersatzperson übergeben.

g) Statt dem Zustellungsadressaten wird die Klage einem anderen übergeben, der irrtümlich für den Adressaten gehalten wurde.

h) Die Zustellung ist sachlich nicht in Ordnung, z. B. die Abschrift von einem Unbefugten[87]) oder überhaupt nicht beglaubigt[88]) oder in wesentlichen Punkten lückenhaft oder unrichtig[89]).

---

84) § 295, 6.
85) Vgl. hierzu Oertmann ZZP. 48 S. 454 f.
86) Vgl. zum folgenden Oertmann ZZP. 48 S. 437 ff.
87) RG. 112, 1.
88) RG. 99, 140.
89) Eine unwesentliche Abweichung der Abschrift schadet nicht, RG. 61, 394.

Hier kommt insbesondere in Betracht, daß die Terminsbestimmung gar nicht oder falsch aufgenommen ist[90]).

Im allgemeinen hat ein Mangel der Zustellung nur deren Fehlerhaftigkeit zur Folge. Lediglich dann, wenn auch der äußere Tatbestand einer Zustellung nicht vorliegt, handelt es sich um eine unheilbare Nichtzustellung. Danach ist, damit eine, wenn auch fehlerhafte Zustellung vorliegt, erforderlich, daß ein Zustellungsorgan tätig geworden ist, und daß dieses Tätigwerden die Übergabe der zuzustellenden Klageschrift an den Zustellungsadressaten oder etwas dem Gleichstehendes zum Erfolg hat. Außerdem ist notwendig, daß der Zustellungsadressat, d. h. die Person, der zugestellt werden soll (§ 191 Z. 3), der Beklagte ist. Eine an einen Dritten gerichtete Zustellung der Klageschrift ist für die Klageerhebung gegen den Beklagten ebenso unerheblich wie jede andere Zustellung, so daß also in dem unter c) genannten Fall die Zustellung fehlt[91]). Von diesem Fall wesentlich verschieden sind die Fälle f) und g). Hier ist der Beklagte diejenige Person, der zugestellt werden soll, und lediglich bei der Ausführung dieser Zustellung ist ein Fehler unterlaufen. Mangels Tätigwerdens eines Zustellungsorgans ist im Falle e) und

---

90) RG. 13, 334; 55, 305.

91) Eine andere Frage ist, ob dem Dritten in einem solchen Falle nicht die Möglichkeit gegeben werden muß, geltend zu machen, daß er nicht der Beklagte ist. Dieses erscheint angebracht, da durch die Zustellung in seinen Rechtskreis eingegriffen ist und die Gefahr weiterer Eingriffe besteht. Insbesondere droht ihm die Zwangsvollstreckung und es kann ihm nicht zugemutet werden, erst in der Zwangsvollstreckung seine Rechte gemäß § 766 geltend zu machen. Daher ist es geboten, dem Dritten das Auftreten im Prozeß und gegebenenfalls die Geltendmachung der sonst nur der Partei zustehenden Rechtsbehelfe zu gestatten, vgl. Stein-Jonas vor § 50 III, 3. Ebenso Hamburg Rspr. 21, 69, Kammergericht Rspr. 29, 31, Dresden Rspr. 15, 33, Braunschweig Rspr. 17, 145. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Dritte nunmehr auch Prozeßabweisung verlangen kann. Erklärt der Kläger, daß er den Dritten nicht verklagt habe und eine Entscheidung gegen ihn nicht verlange, besteht kein sachliches Bedürfnis hierzu und müßte der Antrag durch Beschluß abgelehnt werden, vgl. OLG. Kiel SA. 68, 117. Anders ist es aber, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung, zu der der Dritte geladen oder erschienen ist, den Antrag auf Verurteilung des Dritten stellt und die Klage vorträgt. Hier hat der Dritte ein Interesse daran, daß dieser Antrag als unzulässig abgewiesen wird, und dieses ist auch ohne weiteres möglich, da der Kläger durch den Vortrag der Klage diese fehlerhaft gegen ihn erhoben hat.

wegen völliger Erfolglosigkeit im Falle b) Fehlen der Zustellung anzunehmen.

Bezüglich des Falles d) könnte man in Umkehrung des Satzes, daß alle Bestimmungen gleich wesentlich für die Wirksamkeit der Zustellung sind, der Ansicht sein, daß jedes in Befolgung dieser Vorschriften vorgenommene Teilstück der Zustellung in gleicher Weise eine fehlerhafte Zustellung bedeutet und eine fehlerhafte Zustellung ebenso wie bei der Übergabe ohne Beurkundung, so auch bei der Beurkundung ohne Übergabe vorliege. Gleichwohl ist diese Folgerung nicht zu ziehen und auch vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus die Beurkundung ohne Übergabe für eine Nichtzustellung zu halten, da man annehmen muß, daß das Wesentliche der Zustellung die Übergabe ist und die Beurkundung hierdurch erst ihre Bedeutung erhält. Ohne weiteres erhellt, daß im Falle a) eine Nichtzustellung vorliegt und daß der Fall h) der typische Fall einer fehlerhaften Zustellung ist.

5. Zusammenfassend ist zu sagen, daß also die Frage, ob die Zustellung fehlt oder nur fehlerhaft ist, nicht nur für das Verfahren, sondern auch für die Heilung nach § 295 von wesentlicher Bedeutung ist. Bei fehlerhafter Zustellung ist Heilung mit Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der fehlerhaften Zustellung möglich. Fehlt dagegen die Zustellung gänzlich und trägt der Kläger die Klage auch in der mündlichen Verhandlung nicht vor, so ist ein etwaiger Rügeverzicht des Beklagten gegenstandslos und eine Klage nach wie vor nicht erhoben. Trägt der Kläger die Klage jedoch in der mündlichen Verhandlung vor, so wird die Klage damit fehlerhaft erhoben und durch die Heilung von diesem Zeitpunkt an vollwirksam.

Anders ist es nur dann, wenn nicht nur die Zustellung mangelhaft war, sondern auch der Inhalt des zugestellten Schriftsatzes selbst nicht ordnungsmäßig ist. Ein solcher Mangel ist, wie bereits gezeigt, unheilbar, so daß die Klage erst dann gültig erhoben ist, wenn das Fehlende in einem Ergänzungsschriftsatz ordnungsmäßig zugestellt bzw. ein etwaiger Mangel der Zustellung geheilt ist[92]). Das gleiche gilt, wenn im Falle nicht vorausgegangener Zustellung der Kläger nicht alles nach § 253 II Z. 1 und 2 Erforderliche in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat. Auch hier ist die Klage nicht gültig erhoben, bevor nicht das Fehlende zugestellt bzw. ein diesbezüglicher Mangel geheilt ist.

92) a. A. für Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift Stein-Jonas § 253 IV 1.

§ 8.

Es ist nunmehr noch kurz auf die Bedeutung der Heilung im Versäumnisverfahren einzugehen. Der Fall des Ausbleibens des Beklagten ist, soweit ein Zustellungsmangel vorliegt, im Laufe der bisherigen Darstellung schon behandelt worden[93]). Hier würde der Antrag des erschienenen Klägers auf Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Beklagten durch Beschluß zurückgewiesen werden müssen, und würde ein Rügeverlust des Beklagten durch Versäumung nicht in Frage kommen, da dieser sich nicht schon an das Ausbleiben im Termin, sondern erst an das vorbehaltlose Verhandeln knüpft (§ 295). Das gleiche würde auch bei einem Mangel der Klageschrift gelten[94]).

Von dem umgekehrten Fall des Ausbleibens des Klägers ist der Fall des Fehlens der Klage, soweit dieses auf der Nichtzustellung der Klageschrift beruht, ebenfalls schon behandelt worden[95]). Hier ist eine Heilung ausgeschlossen, da ein Mangel gar nicht vorliegt. In den übrigen Fällen eines Fehlens der Klage, in denen eine Klage im allgemeinen nicht eingereicht oder ein Termin nicht bestimmt wurde, kann ein Versäumnisverfahren nicht praktisch werden. Es bleibt daher nur noch der Fall übrig, daß bei Fehlerhaftigkeit der Klage der Beklagte Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Kläger beantragt. Hier kommt es darauf an, ob der Beklagte Abweisung der Klage als unzulässig oder als unbegründet begehrt. Dem ersteren Antrag würde ohne weiteres stattgegeben werden können[96]). Im zweiten Fall würde die zu erlassende Entscheidung ein Sachurteil sein und daher Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen, mithin auch Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung, voraussetzen. Infolgedessen enthält der Antrag des Beklagten gleichzeitig den Verzicht auf die Rüge des Klagemangels und würde die Entscheidung bei Heilbarkeit des Mangels, wie beantragt, ergehen können. Bei den unheilbaren Mängeln des Inhalts der Klageschrift müßte auch hier Abweisung der Klage als unzulässig erfolgen.

---

93) Vgl. oben S. 19 f. und 21.

94) a. A. z. B. Rosenberg § 106 V 2a; jedoch ist der Mangel behebbar und infolgedessen, solange der Kläger nicht erklärt, den Mangel nicht beseitigen zu wollen, kein endgültiger.

95) Vgl. oben S. 19 und 30 f.

96) Streitig ist, ob dieses Urteil ein Versäumnisurteil ist. Dafür Rosenberg § 106 IV 2; dagegen Stein-Jonas § 330 II 3, Seuffert-Walsmann § 330, 2c, weil das Urteil nicht auf einer Versäumnisfolge beruhe.

Gegen das Versäumnisurteil kann der Kläger Einspruch einlegen; hierdurch würde der Prozeß in die Lage zurückversetzt werden, in der er sich vor dem Eintritt der Versäumnis befand (§ 342). Infolgedessen braucht der Beklagte bei fehlerhafter Klage kein Bedenken zu tragen, auf die Rüge des Klagemangels zu verzichten und ein Versäumnisurteil zur Hauptsache gegen den Kläger zu beantragen; denn gemäß § 342 würde durch den Einspruch der Rügeverzicht hinfällig werden und die Klage für das weitere Verfahren nach wie vor mangelhaft bleiben[97]).

2. Würde gegen den Beklagten trotz Mangelhaftigkeit der Klage versehentlich ein Versäumnisurteil ergehen, so hat der Beklagte hiergegen nur den Einspruch, nicht aber die Nichtigkeitsklage nach § 579 I Z. 4. Diese Vorschrift trifft nur solche Fälle, wo der Beklagte nicht ordnungsmäßig vertreten war; hier war der Beklagte jedoch überhaupt nicht vertreten[98]).

§ 9.

Die Mängelheilung durch Zweckerreichung beruht auf dem Grundsatz, daß mit formalen Rechten kein Mißbrauch getrieben werden darf. Hieraus folgt, daß Verstöße gegen Prozeßnormen, soweit es sich um solche handelt, auf deren Berücksichtigung verzichtet werden kann, unbeachtlich werden, wenn der Zweck, dem die verletzte Rechtsnorm dient, erreicht ist. Denn wenn dies der Fall ist, besteht kein rechtlich zu schützendes Interesse des Gegners mehr, den Mangel zu rügen, und würde die Geltendmachung des Mangels sich lediglich als ein Mißbrauch des formalen Rechts darstellen.

Demnach würde, wenn in der Klageschrift die Ladung fehlt oder fehlerhaft ist, insbesondere die Aufforderung zur Anwaltsbestellung (§ 215) nicht darin enthalten ist oder die Ladung fehlerhaft zugestellt ist und der Beklagte gleichwohl in der mündlichen Verhandlung erscheint bzw. einen Anwalt bestellt, der Beklagte den Mangel der Ladung nicht rügen können, denn der Zweck, dem die Ladungsvorschriften dienen, ist mit dem Erscheinen des Beklagten bzw. seines Anwalts erfüllt. Diese Ansicht ist nunmehr als herrschend zu bezeichnen[99]). Das RG. hat in der Ent-

97) Seuffert-Walsmann § 330, 2d; Stein-Jonas § 330 II 1.

98) Stein-Jonas § 579 II 4; ebenso Hellwig Lehrbuch § 68 II 2d.

99) Rosenberg § 72 II 3b, § 91 III 2d; Stein-Jonas § 253 IV 2, § 215 II; Nußbaum S. 88; Hellwig Lehrbuch § 67 II 3 u. Anm. 16; Doege JW. 1922 S. 478; OLG. Rostock, Mecklb. Zeitschr. 46. Jahrg. S. 566.

scheidung Bd. 55 S. 305 in einem solchen Falle noch die Klage abgewiesen. In späteren Entscheidungen[100]) hat das Reichsgericht diesen Grundsatz jedoch ebenfalls, wenn auch in anders gelagerten Fällen, anerkannt.

Von diesem Standpunkt aus würde die Heilung eines Ladungsmangels, mag dieser den Inhalt der Ladung oder deren Zustellung betreffen, durch Präklusion der Rüge oder durch in der mündlichen Verhandlung zu erklärenden Verzicht[101]) gemäß § 295 nicht praktisch werden können, da eine solche Heilung bereits durch die mit dem Erscheinen des Beklagten eingetretene Heilung infolge Zweckerreichung überholt sein würde.

Weiterhin gehört hierher der Fall, daß die Klageschrift unter Verletzung der Bestimmungen über die Ersatzzustellung zugestellt worden ist. Hierfür ist in § 187 eine Sonderregelung getroffen worden. Diese Bestimmung gilt, obwohl in ihr nur von der Ladung die Rede ist, nicht nur für diese, sondern für den ganzen mit der Ladung verbundenen Schriftsatz, mithin auch für die Klage[102]). Hier würde die Zustellung und damit die Klageerhebung gültig, wenn sich aus den Erklärungen des Beklagten ergibt, daß die Klageschrift in seine Hände gelangt ist.

Nicht genügend ist also die Tatsache, daß der Beklagte die Klageschrift erhalten hat: es ist immer erforderlich, daß der Beklagte selbst erklärt, die Klageschrift erhalten zu haben. Infolgedessen nützt dem Kläger der Beweis, daß der Beklagte die Klageschrift erhalten hat, nichts[103]).

Der Zeitpunkt des Gültigwerdens der Klageerhebung ist im Falle des § 187 derjenige, in dem der Beklagte die Klageschrift erhalten haben will. Für die übrigen Fälle nimmt Nußbaum[104]) an, daß bei der Heilung die Klage mit dem Termin bzw. der Anwaltsbestellung als wirksam erhoben gilt. Dem kann nicht beigetreten werden. Wenn mit dem Erscheinen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung bzw. mit der Anwaltsbestellung der Mangel unbeachtlich wird und infolgedessen nicht mehr gerügt werden kann, muß hier ebenso wie im Falle des § 295 die

100) RG. 97, 165; 114, 371.

101) Stein-Jonas § 295 III 1.

102) Seuffert-Walsmann § 187, 3: RG. 82, 65: Dresden Rspr. 7, 277.

103) Seuffert-Walsmann § 187, 2b: Oertmann ZZP. 48 S. 449 f.

104) S. 88 f.

Heilung rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der fehlerhaften Klageerhebung haben[105]).

2. Abschnitt.

Die Beseitigung des Mangels durch Neuvornahme.

§ 10.

1. Die zweite Möglichkeit der Beseitigung eines Klagemangels ist die, daß der Kläger die Klageerhebung von neuem fehlerfrei vornimmt. Hat der Kläger z. B. eine nicht den Vorschriften des § 253 II Z. 1 bis 3 entsprechende Klageschrift bei Gericht zwecks Terminsbestimmung eingereicht, so kann er eine neue Klageschrift einreichen; ist die Klage fehlerhaft zugestellt worden, kann er erneut zustellen lassen. Früher wurde vielfach angenommen[106]), daß zur Beseitigung des Klagemangels auch eine Wiederholung des fehlerfreien Teiles der Klageerhebung notwendig sei. Diese Ansicht ist jetzt mit Recht aufgegeben, da es nur notwendig ist, daß der Beklagte im Zeitpunkt der Klageerhebung im Besitze einer allen wesentlichen Erfordernissen genügenden Klage ist, und da aus keiner Vorschrift gefolgert werden kann, daß dies nur durch einen einheitlichen Akt geschehen könnte[107]). Es genügt also, daß der Kläger, wenn die Klageschrift nicht dem § 253 II Z. 1 und 2 entspricht, das Fehlende in einem Nachtragsschriftsatz zustellt oder daß er, wenn lediglich die Ladung nicht in Ordnung ist, neu ladet. Rückwirkende Kraft hat die Nachholung nicht. Die Klage ist gültig erhoben bei fehlerhafter Zustellung erst mit der erneuten Zustellung und bei Fehlerhaftigkeit des Klageschriftsatzes mit der Zustellung des Ergänzungsschriftsatzes[108]).

Hat bei fehlerhafter Klageerhebung bereits ein Termin stattgefunden, zu dem der Beklagte nicht erschienen ist, so ist nicht erforderlich, daß die Klageschrift erneut zur Terminsbestimmung eingereicht und dann zugestellt wird. Vielmehr kann der Kläger im Termin Vertagung beantragen, und es genügt, wenn er die

105) Ebenfalls für Rückwirkung Rosenberg § 74 III, a. A. und 2b, § 91 III 2d.

106) Vgl. Hellwig Lehrbuch § 67 Anm. 14; a. A. schon damals Hellwig Lehrbuch § 67 II 2b.

107) So jetzt Stein-Jonas § 253 IV 2; Seuffert-Walsmann § 253, 5a; ebenso Förster-Kann 4a aa; Oertmann JW. 48 S. 448.

108) Seuffert-Walsmann § 253, 5a, 6; Oertmann JW. 48 S. 448 f.; Goldschmidt Zivilprozeßrecht § 54, 3a.

Klageschrift[109]) und eine Ladung zustellt und außerdem entweder das Terminsprotokoll in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zustellt oder sogar nur Mitteilung von dem verkündeten Termin macht, indem er diesen in die Ladung einsetzt. Daß das erstere zulässig sein muß, leuchtet ohne weiteres ein, da es fast völlig der gewöhnlichen Klageerhebung gleichkommt. Aber auch die einfache Mitteilung der Terminsbestimmung in Verbindung mit der Ladung genügt zur Ordnungsmäßigkeit der Ladung, da dem Beklagten damit der Ort und die Zeit des Termins bekannt gegeben ist und dadurch dem Wesen der Ladung Genüge getan ist[110]).

2. Die Beseitigung des Mangels kann nebeneinander durch Nachholung und durch Heilung erfolgen. Es ist dies dann der Fall, wenn der Kläger in Ergänzung des zugestellten fehlerhaften Schriftsatzes das Fehlende in der mündlichen Verhandlung vorträgt und der Beklagte den Mangel der Klageerhebung nicht rügt. Die Ergänzung der Klageschrift durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung bedeutet Nachholung des fehlerhaften Teiles der Klageerhebung, während durch die Nichtrüge der nunmehr noch bestehende Mangel, daß das nur mündlich Vorgetragene hätte zugestellt werden müssen, geheilt wird.

3. Es verbleibt nunmehr noch zu erörtern, wie die Rechtslage ist, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung erscheint und die Abweisung der fehlerhaften Klage beantragt. In Betracht kommen hier für die Fehlerhaftigkeit der Klage Mängel des Inhalts der Klageschrift gem. § 253 II Z. 1 und 2, sowie bei Rüge des Beklagten Mängel der Zustellung. Etwaige Mängel der Ladung würden durch das Erscheinen des Beklagten geheilt sein. Die Frage ist, ob das Gericht antragsgemäß die Klage als unzulässig abweisen muß, oder ob der Kläger Vertagung verlangen kann, um in der Zwischenzeit die Klageschrift von neuem oder einen Ergänzungsschriftsatz zustellen zu können. Das RG. hat in der Entscheidung Bd. 13, 339 ein solches Recht verneint und in der Folgezeit an diesem Standpunkt festgehalten. Es hat ausgeführt, daß das Recht des Klägers, im Falle des Nichterscheinens des Beklagten Vertagung zu verlangen (§ 300 alter Fassung), auf den vorliegenden Fall nicht ausgedehnt werden dürfe, da die Fälle wesentlich verschieden lie-

109) Betraf der Mangel nur die Ladung und war dem Beklagten eine dem § 253 II Z. 1 und 2 entsprechende Klage ordnungsmäßig zugestellt worden, ist lediglich erneute Ladung notwendig.

110) So RG. 99, 125 mit Literatur; Seuffert-Walsmann § 335, 2.

gen und beim Erscheinen des Beklagten ein Recht des Beklagten auf Klageabweisung bestehe. Diese Begründung des RG. erscheint nicht stichhaltig: denn ob ein solches Recht des Beklagten auf Klageabweisung besteht, ist gerade die Frage. Richtig ist, daß beide Fälle verschieden liegen, aber nur insofern, als der Mangel im Falle des Nichterscheinens des Beklagten für ihn schwerwiegender ist, als in dem Fall, wo der Mangel ihn nicht hinderte, im Termin zu erscheinen und auf den Mangel hinzuweisen. Es ist daher in Abweichung vom RG. der entgegengesetzte Schluß geboten, daß, wenn sogar in dem schwerwiegenderen Fall des Nichterscheinens des Beklagten der Mangel nicht dazu führt, daß die Klage abgewiesen wird, sondern nur der Antrag des Klägers auf Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Beklagten zurückgewiesen wird (§ 335), dann in dem leichteren Fall des Erscheinens des Beklagten die Klage erst recht nicht abgewiesen werden darf, sondern dem Kläger ebenfalls Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels gegeben werden muß[111]). Dieses Recht des Klägers benachteiligt sachlich den Beklagten in keiner Weise, vermeidet aber die Entstehung eines neuen Prozesses und entspricht daher den Geboten einer zweckmäßigen Prozeßhandhabung.

Abzulehnen ist dagegen die über den hier vertretenen Standpunkt hinausgehende, zuerst von Hellwig[112]) aufgestellte und mit Hinweis auf den § 264 begründete Ansicht, daß der Kläger die Klage gegen den Willen des Beklagten durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung vervollständigen könnte und daß dem Beklagten lediglich ein Vertagungsrecht zustände, wenn seine Verteidigung sonst wesentlich erschwert würde[113]). Das Gesetz hat mit gutem Grunde angeordnet, daß die Klage durch Zustellung eines den Erfordernissen des § 253 II Z. 1—2 genügenden Schriftsatzes erhoben wird. Die Hellwig'sche Ansicht würde den Kläger verleiten, mangelhafte Schriftsätze zwecks Terminsbestimmung einzureichen und die Klage erst in der mündlichen Verhandlung in der vorgeschriebenen Weise zu vervollständigen. Dieses aber würde einer straffen Prozeßführung und dem Streben nach einer schnellen Durchführung des Rechtsstreits widersprechen. Die entsprechende Anwendung des § 264 erscheint also nicht zweckmäßig.

---

111) Vgl. Oertmann ZZP. 48 S. 457 ff.; a. A. Seuffert-Walsmann § 253, 5b.

112) Lehrbuch § 67 II, 2aα.

113) Oertmann ZZP. S. 459 ff.; Stein-Jonas § 253 IV 2; a. A. Seuffert-Walsmann § 253, 5b.

Lebenslauf.

Am 21. Juli 1909 wurde ich in Grevesmühlen (Meckl.) als Sohn des damaligen Amtsrichters Otto Brauns geboren. Nach dreijähriger Vorschule in Güstrow besuchte ich 8¼ Jahre das Gymnasium Friderizianum in Schwerin und ¾ Jahr die Große Stadtschule (Gymnasium) in Rostock. Hier bestand ich am 7. März 1927 die Reifeprüfung. Ich studierte sodann in Heidelberg und Rostock Rechtswissenschaft, bestand am 22. Oktober 1931 die erste juristische Prüfung und wurde am 24. Oktober 1931 zum Referendar ernannt. Seit dem 4. November 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst auf das zweite juristische Staatsexamen. Am 21. Dezember 1933 bestand ich die juristische Doktorprüfung.